MEMORIA

DA PRESENTARSI

Al Supremo Tribunale del S. R. C.

P E R

Lo Poſtumo D. Giuſeppe Maria Martingano

C O N T R A

I Fratelli Martingano di lui Zii.

INTRODUZIONE.

§. I. Le riflessioni accademiche di alcuni gravi ed eruditi Giureconsulti trassero la Gran Corte a garantire con suo Decreto il valor di una finzione in danno di un pupillo espressamente non istituito, nè diredato dall' Avo paterno. Chiamo io *finzione* la *Clausola Codicillare*; poichè suppone di avere il testatore voluto, che passi al pupillo col gravame di restituire quella eredità, che *scienter*, od *ignoranter* direttamente non gli trasmise. Simili paradossi, che sulla Cattedra appena si perdonano all' ardimentosa indole degl' ingegni, non sono certamente sopportabili nel Foro, in cui campeggia la gravità del pensare, e i giudizj debbono esser regolati dalla prudenza. Questa virtù divina allontanando il Magistrato dall' eccessivo rigor delle leggi, proporziona i provvedimenti alla giustezza naturale, al senso della umana imbecillità, ed al rapporto del comodo, e della quiete delle famiglie. Quindi fu, che i nostri *Forensi* guidati da cotaste rilevantissime vedute, riputaron la *Clausola Codicillare* non altramente, che un vano giuoco di parole in ri-

guardo alla istituzione testamentaria, ed a bissento s' indussero a farla valere per supplire a' soli estrinseci difetti del testamento.

§. II. Devo io combattere l' accennato paradosso al venerando cospetto del S. R. C. E di quali armi dovrò servirmi? Non delle metafisiche astrazioni, non degl' ingegnosi euremi legali, non dell' autorità di coloro, i quali sacrificaron le loro fatiche piuttosto ad una gloria ventosa, che al sacro culto della giustizia. Ricorrerò dunque agli ajuti della ragione, vera madre di tutte le leggi, a' soccorsi della verità permanente, al presidio insomma delle sentenze di que' Dottori, che tanto elevaron la fama di questo *Tribunal Supremo*. Pria non però, che io entr' in impegno, uopo è stabilire la tesi con una fedel narrazione de' fatti, che nella Causa concorrono, le circostanze de' quali preverranno la dimostrazione del diritto, e renderanno più luminose, e ferme le mie riflessioni.

STO.

STORIA DELLA CAUSA.

§. III. DA *Michele Martingano di Conca*, ritenendo ivi la Casa, avea trasferita la famiglia in *Napoli*, per trovarsi più pronto al negozio di carrubbe e salache, ond' era divenuto straricco. Esonerato dal peso di tre figlie femmine, che maritò colla tenuissima dote di ducati mille per ciascheduna, ritenne presso di se i quattro figli maschi *D. Salvatore*, *D. Nunzio*, *D. Francesco*, e *D. Gesualdo*. Applicò il primo al negozio; incamminò il terzo alla cherisìa, ed accarezzando con imprudente debolezza il secondo, ed il quarto, fece di essi due quant' oziosi, altrettanto perversi e malign' insidiatori della fortuna, e quiete del primo. Questi erasi dalla cultura, e dalla riflessione formato un temperamento sociévole, una garbatezza obbligante, un costume quanto pulito, altrettanto lontano dalle ributtanti maniere degli avidi e succidi negozianti. Produssero tali doti, per altro desiderabili, il suo demerito presso al Padre: imperciocchè nato costui nella rozzezza, cresciuto nella misantropia degli spiriti oscuri, ed invecchiato nelle doppiezze ed inciviltà del traffico, avrebbe voluto trovar nel figlio la vera, viva, e perfetta immagine sua. Gl' invidiosi fratelli accrebbero colle continue lor suggestioni l' odio paterno in guisa che lo induss-

duffero nel 1783. a fare un teftamento, in cui fuffogate le dolci voci della Natura, fi fece parlare la malignità, e il più amaro livore.

§. IV. E' dal tenore del teftamento giuftificata la mia affertiva. Nell'efordio di effo, a tenore del folito, fcrive il Notajo fpreffioni e formole, le quali non poteano cadere in mente al *Martingano*, perchè di gran lunga fuperiori alla di lui rozza e corta intelligenza. Tra quefte fi legge fpiegata con più energìa la *Claufola Codicillare*. Come s'egli verfato foffe in *Digefto*, gli fi fa dire: *Se quefto mio teftamento forfe non valeffe in ragione di teftamento fcritto, voglio che vaglia per ragione di teftamento nuncupativo, codicillo, donazione cauffa mortis, e per ogni altra miglior via e modo, che dalle leggi mi vien permeffo di poter difponere e teftare*. Caffa ed annulla nella forma più ampla tutte le altre difpofizioni, che per ventura fi trovaffero antecedentemente da lui fatte in qualunque forma; e poi foggiugne: *Ed efpreffamente voglio, che nel prefente mio teftamento s'intenda, e fia appofta la Claufola Codicillare, non già per ftile di Notaro, ma come appieno informato della di lei efficacia, e valore*. Giurerei, e non invano, che lo fteffo Notajo ignorava quella *efficacia*, e quefto *valore*; tanto è lontano, ch'Egli abbia potuto informarne un teftatore, che appena avea imparato a notar il numero delle falache componenti una parte del fondo del di lui traffico.

§. V.

§. V. Dopo i consueti atti di religione passa alla istituzion dell' erede, facendola cadere sopra i suoi *cari e benedetti figli D. Nunzio*, *D. Francesco*, *e D. Gesualdo* per porzioni eguali, di cui perchè non potessero esserne rispettivamente privi, ordinò fra essi medesimi un monopolio colla reciproca sostituzione, colla legge di non aver progresso oltra le loro persone. Non meritò *D. Salvatore* di esser parimenti chiamato *caro e benedetto figlio*. Le sue carezze e benedizioni erano privativamente dovute a' primi tre, e in quanto al medesimo contentossi di dichiarare di *avere un altro figlio chiamato D. Salvatore*, istituendolo erede particolare nella sola legittima, che *de jure* sarebbe potuta spettargli. Volle spiegarne il mottivo, per cui erasi determinato a siffatta ingiuriosa parzialità: ed eccone molti riepilogat' in un periodo, dettato dal mal talento, e da una biasimevole animosità: *E ciò a motivo che detto D. Salvatore mio figlio moltissime migliaja di ducati ha consumatè e dissipate del mio asse ereditario, e delli moltissimi disturbi, disgusti ed amarezze, che in tutto il tempo di mia vita mi ha dati, senza che avessi mai potuto ridurlo alla mia ubbidienza, nè tampoco menare una vita morigerata e costumata, talmente che quasi mi avea indotto a diseredarlo per le giuste cause mi ha date* (1). Quali crederebbesi, che state fossero quel-

 lo

(1) *Fol.* 11. *a t.*

le giuste cause? Azioni forse contrarie all' ossequio, al rispetto, alla venerazion filiale? Non mai. Innocenti errori di gioventù, prodotti piuttosto dal cuore, che dallo spirito. E qual mai rigido padre non compatì cotest' errori ne' figli? Potean forsi raffreddar cotanto l' amore paterno, quanto bastav'a coonestare un trattamento sì barbaro nelle momentose circostanze di dover rendere l' anima a Dio? Momenti eran quelli di riconciliazione, di tenerezza e di perdono, se avea intenzione di meritarlo per gli falli suoi avanti al Trono della Eternità.

§. VI. La morte non però risparmiogli l'orror del castigo nell' altra vita. Sopravisse alla trascritta odiosa disposizione, ed ebbe gran tempo da pentirsene. Di fatti da ciò che posteriormente avvenne si conosce, che abbia egli rallentata in gran parte l' avversione mostrat' a *D. Salvatore*. Costui nel seguente anno 1784. contrasse matrimonio con *D. Antonia di Gennaro*, ed andò ad abitare all' appartamento sottoposto a quello del Padre. Non è quindi da dubitarsi, che abbia egli avuta immantinenti notizia del matrimonio: anzi vi ha molta ragion da credere, che non siagli gran fatto dispiaciuto. Imperciocchè s' indusse a corrispondergli un mensuale assegnamento per gli alimenti suoi, e della moglie, e a provvederlo di un fondo di lucro nicessario alla novella sua situazione, consegnandogli ducati trecento per abilitarlo a metter la palamidara nel mare

re di *Conca*. Nè avrebbe avuto ragionevol motivo di disapprovare il matrimonio del figlio. Avea con tal mezzo acquistata la parentela di una famiglia rispettabile; e potea consolarsi di vedere il figlio stesso unito a giovinetta ben nata, meglio educata, e fornita di tali fattezze attrattive, che poteano distrarlo d'altre poco decorose occupazioni.

§. VII. Vissero negli anni appresso in questa buona corrispondenza il padre, e il figlio: se non che mal soffrendola i dispettosi fratelli, cercarono tutte le vie di conturbarnela. *D. Salvatore* nulla curandosi de'loro insidiosi maneggi, continuava a goder colla moglie le dolcezze del matrimonio; e n'ebbe a 25. Aprile 1790. il frutto nella nascita di un figlio maschio, che fè chiamare *Giuseppe Maria*. La malignità de' fratelli non giunse a far loro riflettere, che questo avvenimento rendeva inutile il testamento paterno, come coll' *adgnatione postumi*. Al neonato non ebbe *D. Salvatore* la consolazione di sopraviver gran tempo. Attendeva egli alla guida della palamidara in *Conca*, quando gravemente infermatosi, ve 'l tolse inopportunamente nel fior degli anni suoi a 10. Settembre 1791. La moglie rimasta incinta sollecitamente vi accorse; nè potette vederlo. Tornò sconsolata in Napoli; e dovette servire a' disegni de' cognati, togliendos' il lutto ogni volta, che saliv' a visitare il Suocero, sorpreso d'apoplesia fin dalla

 pri-

primavera dell' anno ſteſſo, la quale alla notizia della pericoloſa infermità del figlio, lo tolſe finalmente di vita a 3. del ſeguente meſe di Ottobre.

§. VIII. Non tardarono i *Fratelli Martingano* ad occupar la eredità paterna. Aprirono nel giorno appreſſo il teſtamento, e tutto che *D. Salvatore* più non era loro d' impaccio, ſtranamente godettero di potere ſulle di lui ceneri ſpargere quell' opprobrio, che ridondava dall' inclement' elogio ſcritto dal padre per livoroſa iſtigazione di eſſi. *D. Antonia di Gennaro* vedendo far pompa di un teſtamento divenuto rotto ed invalido per la poſterior naſcita del figlio, deduſſe nel S. C. la pingue eredità del Suocero, e domandò la quarta porzione a nome del figlio. La cauſa fu commeſſa al meritiſſimo Conſigliere Signor *D. Antonino Brancia*; da cui eſſendoſene ordinata l' annotazione, che quantunque ſi foſs' eſeguita col ſuo riſpettabile intervento; riuſcì a' *Fratelli Martingano* di commettere grandiſſime occultazioni; non oſtante le quali pur trovoſſi la eredità aſcendere ſino a docati cento mila. Era ſtata opportunamente inibita la G. C.: ma eſſi per giuſtificar la occupazione aveano nel giorno 2. di Ottobre ottenuto di ſoppiatto il Decreto di preambolo *ex teſtamento*: ma non potettero indurre il Secretario a regiſtrarlo, poichè ſi ricordò della inibitoria. Impedito così l'effetto della manovra, più non penſarono eſſi al preambolo. Scorſero nella

nella inattuosità due mesi; e l'anzidetta *D. Antonia* si sgravò a 12. Dicembre 1791. di una bambina, a cui fu dato il nome di *Maria Michele* (1). Nel giorno 10. di Gennajo 1292. fù dal Signor Consiglier Commessario abilitata la G. C. a provvedere alla spedizion del preambolo, *auditis omnibus interesse habentibus*. Si aprì e si compilò cartolariamente in quel Tribunale un termine sommario: ma non si venne a decisione; poichè per rilevarsi la invalidità legale del testamento, stimò la G. C., e lo stimò con somma avvedutezza, e solida cognizione delle regole del *Diritto Romano*, che vi bisognava la pruova delle circostanze dell'agnazione del postumo. Quindi nel dì 27. Luglio 1792. decretò, che il termine sommario corresse *etiam respectu qualitatis D. Josephi Mariæ Martingano filii D. Salvatoris* (2).

§. IX. Non potendo i *Fratelli Martingano* contrastare al nipote la qualità di erede suo, tale divenuto all'Avo dopo la morte del padre; si divertirono per effetto di mal costume in oltraggiar la memoria di *D. Salvatore* con articoli dettati dalla maldicenza, che presentarono in termine. Mancavan loro le pruove; ed avvisaronsi di ricavarle da un Giornale manoscritto, in cui

A 6 si sup-

(1) *Fol.* 20.
(2) *Fol.* 30.

si suppone, che *D. Michele* avesse delineata la vita del figlio, descrivendo minutamente i fatti, che lo aveano disgustato oltremodo. Ma non era questo l'oggetto della causa. Dovea vedersi che cosa mai potesse legalmente operare in riguardo al testamento la preterizione del postumo. La G. C. non dubitò, che il rompesse; ma volle abbondar nel sentimento, che la *Clausola Codicillare* obbligasse il nipote a restituire la sua porzione agli Zii. Profferì pertanto questo Decreto: *M. C. declarat testamentum quond. D. Michaelis Martingano esse ruptum agnatione postumi, citra praejudicium legatorum: ac proinde interponatur decretum preambuli ab intestato dicti quondam D. Michaelis Martingano pro tribus portionibus in beneficium D. Nuntii, D. Jesualdi, & Rev. D. Francisci Martingano, & pro reliqua quarta portione in beneficium D. Josephi Mariæ Martingano ex prædefuncto filio D. Salvatoris nepotis, cum onere tamen dicto D. Josepho Mariæ restituendi portionem prædictam in beneficium D. Nuntii, D. Francisci, & D. Jesualdi filiorum quond. D. Michaelis, ac heredum institutorum in citato testamento vigore Clausulæ Codicillaris in eodem testamento appositæ, deducta prius legitima dicto D. Josepho debita: & quoad onus dotandi Mariam Michaelem Partes adeant S. R. C.*

§. X. Non furon contenti del trascritto Decreto; i *Fratelli Martingano*, o piuttosto finsero di non esserlo, per non veder la G. C. mutar sentimen-

mento nella riesamina della causa in grado della *restituzione in integrum*, che si era prodotta in nome del postumo. Produssero perciò Regia Decretazione di *Verbum faciet in S. C.*: ed io benedissi la loro accortezza; non perchè io molto non avessi fidato nella dottrina e rettitudine de' Signori Giudici della stessa G. C.; ma perchè maggior solidità di giudizio, più frequente sperienza, maggior copia di lumi stando sicurissimo d'incontrare ne' personaggi imparzialissimi component' il S. C., a miglior certezza potrò situare il diritto, la ragion del pupillo, e riportar più sollecitamente dalla intemerata giustizia loro il favorevol' evento. L'articolo dunque, che dev' esaminarsi, e decidersi, è questo: *Se rotto il testamento dell' Avo per l' agnazione del nipote postumo; ripigli efficacia dalla* Clausola Codicillare *in maniera, che obblighi costui a restituire la sua porzione agli eredi istituiti, ritenendo la sola legittima*. A dimostrar la negativa io non abbisognerei, che degli ajuti del buon senso, e della retta ragione, colla quale manifestamente urta la dottrina della *Clausola Codicillare*. Perchè non però la difesa non si allontani dal per altro lodevole costume del Foro, avvalorerò le regole nascenti dalla retta ragione co' sentimenti de' più cordati Dottori, e colle autorità de' più rinnomati Tribunali di Europa, tra' quali ebbe sempre, ed ha tuttavia il primo luogo il nostro S. C.

RIFLESSIONI.

§. XI. E' Canone risaputissimo in Giureprudenza, che il nipote nascendo dopo il testamento dell' Avo, e divenendo erede per la morte del figlio, rompe il testamento medesimo cioè ne distrugge la istituzione, e prende cogl' istituiti porzion' eguale. *Aquilio Gallo*, di cui *Cicerone* tanto ne commendò le *Cautele*, ne introdusse una, l' uso della quale preservasse il testamento dal pericolo di esser rotto. Ci fu conservata da *Scevola*, ed è appunto questa, di prevvedere la nascita del nipote, ed istituirlo erede, *si filius meus, vivo me, morietur* (1). Questa *Cautela* fu riputata giovevole a sostenere le disposizioni testamentarie; ma come introduceva una novità contraria alle scrupolosità dell' antica Giureprudenza; fu confirmata dalla *Legge Vellea*, la quale riparò ancora ad alcuni casi, che non espressi nella cautela anzidetta, poteano formar materia d' inquietudini e liti nel doversi deferire la eredità (2). Di tanto, oltre la testimonianza di *Scevola*, ne siamo assicurati da un saggio avvertimento, che il *Giureconsulto* *Gajo*

(1) *L. Gallus* 19. *D. de liberis & postumis in princip.*

(2) *Ead. L.* §. 11. 12. & 13.

Gajo lasciò a coloro, i quali han roba, e volontà di far testamento. Dicea Egli: *Ne ergo eo modo rumpat mihi testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere, vel exheredare debeo, ne non jure faciam testamentum, ita & nepotem, neptemve ex eo necesse est mihi instituere, vel exheredare; ne forte, me vivo, filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos, neptisve quasi adgnatione rumpat testamentum, idque lege Junia Vellea provisum est* (1). Fu questa pertanto una regola invariabile del *Dritto Romano*, e si conobbe per tanto giusta e prudente, che non solo gl'Interpreti e prima, e dopo il rinascimento delle lettere la commendarono, ed inculcarono; ma gl'*Imperatori* si fecero un pregio di garantirla ne' loro rescritti.

§. XII. Era uopo dunque, che *D. Michele Martingano* per evitare la rottura del suo testamento in qualunque tempo, e circostanza egli fusse trapassato, nello istituire i figli avesse ancora istituiti i nipoti, che da costoro sarebbero nati. Ma potrebbe rispondersi, che il *Martingano* quando fece il testamento non era nel caso di temerne rottura; poichè niuno de' figli avea moglie, e potea lusingarsi, che non fossero stati cotanto solleciti a pigliarla, che avesser potuto fargli vedere i nipoti pria di morire. *Ulpiano* insegnò nondimeno, esser questa una scusa tan-

(1) *L.* 13. *D. de injusto, rupto testamento.*

to debole, che ad uom cordato non conviene opporla alle conseguenze legali della preterizione del postumo; imperciocchè ognuno può istituirlo, *sive jam maritus sit, sive nondum uxorem duxerit, nam & maritus repudiare uxorem potest, & qui non duxit uxorem, potest maritus effici* (1). E non occorrea, che il testatore aspettasse l'apparecchio della nascita de' postumi per istituirli. *Pomponio* ebbe tale istituzione per cosa necessaria alla salvezza del testamento, che ci lasciò la formola, secondo la quale prevvedendosi la nascita del postumo, non s' incontrasse il pericolo di morire intestato: *Commodissime is, qui nondum natus est ita heres instituitur, sive vivo me, sive mortuo natus fuerit, heres esto* (2).

§. XIII. Se non però in siffatta inavventura fosse caduto il testatore, e si trovasse ancor vivo dopo la nascita del postumo, i Giureconsulti, fertilissimi di cautele, suggerirono di dover' Egli riformare il suo testamento; e facendosi carico della nascita del postumo, espressamente istituirlo, o espressamente diredarlo. *Ulpiano* chiamò *postumi* non solo que', che nascono dopo la morte del testatore, ma eziandio que', che vengono al Mondo dopo già fatto il testamento. Costoro, dicea Egli, *ita demum rumpere testamentum per L. Vellejam prohiberi, si sint nomi-*

na-

(1) *L. 4. D. de liberis & posthumis.*
(2) *L. 10. D. eod.*

natim exheredati. Ma come trovarsi diredati nel testamento, quando non trovavansi nati? O prevvedendo, come ho notato, la loro nascita; o riformando dopo la medesima il testamento. *Ugon Donello*, esattissimo indagatore del senso delle Leggi, noverando gl' inconvenienti, che derivar sogliono dalla preterizione de' postumi, scrisse, che sieno essi da imputarsi al testatore, *qui potuit testamento instituere postumum, qui postea nascitur* (1).

§. XIV. Ma gridano i *Fratelli Martingano*, che *D. Michele* di proposito trascurò i figli nasciturí da *D. Salvatore*, perchè disgustato in tante guise da lui, stimò di non doversi neppur nominare. Sapea che questa non curanza potea rompere il suo testamento; ed acciocchè stato fos' eternamente sano, vi aggiunse la *Clausola Codicillare non per stile di Notajo, ma come informato molto bene della sua efficacia e valore*. Cotesto assunto contiene più assurdi legali. Il primo è, che la validità de' testamenti possa dipendere dalla volontà de' testatori, non dalla osservanza delle pubbliche Leggi. Il secondo è, che la volontà de' disponenti si estend' ancora alle cose non pensate, nè prevvedute. Il terzo è, che la *Clausola Codicillare* abbia forza di supplire anche i difetti intrinseci del testamento. Il quarto è, che

(1) *Donellus Comment. ad L. 3. C. de Codicillis n. 4.*

che la essenza delle ultime disposizioni sia talmente attaccat' alle presunzioni, che debban queste farsi prevalere alle naturali evidenze. Sopra tali paralogismi è appoggiata la decisione, colla quale si tolse al postumo la eredità dell' Avo; e toccò a questa infelice Creatura la disgrazia di sentir a suo danno adottate dalla G. C. immaginarie astrazioni per veri e solidi principj di giudicare.

§. XV. In quanto al primo assurdo io rifletto, che molto abbian contribuito ad assodarlo le speciose considerazioni, che il dotto ed erudito mio Contraddittore fece scrivendo a pro de' *Fratelli Martingano*, e felicemente aringando in Ruota. Egli per le vaste cognizioni, che ha del Diritto tanto Pubblico, quanto Privato adornò con maestoso lusso quella dottrina, che sia importantissima cosa l' adempimento ed esecuzione de' testamenti, di cui se ne fecero un sacro dovere non solamente i Romani, ma le altre Nazioni più culte. Non posso non esser con lui di accordo. Egli nondimeno converrà meco, che sia spirato colla Democrazia quel potere illimitato, che circa la testamentificazione avean dato a' Padri di famiglia le Leggi Decemvirali. La nuova forma del Governo vieta oggi di orgogliosamente vantare in sostegno de' testamenti quel fastoso frammento: *Uti legassit, ita jus esto*. Sono a dì nostri, e lo furono assai prima i testatori servi delle pubbliche Leggi, e sarebbe

una

una resia politica il dire, che possan essi distruggerle con un atto della loro volontà privata. Fin da' tempi suoi il Giureconsulto *Pomponio* compilando in iscorcio la storia dell'origine del *Diritto Romano*, ci lasciò scritto che la illimitata facoltà di testare sia posteriormente ristretta *vel auctoritate legum, vel interpretatione jure constituentium* (1). Di fatti chi per poco abbia dato passaggiero lo sguardo alle Leggi, che *Giustiniano* fece registrar nel Codice, e nelle Pandette a' Titoli relativi alla facoltà menzionata, e alla qualità degli eredi, sa molto meglio di me, che il Padre avente figli, e nipoti non può arbitrariamente, e senza giusta causa toglier loro la eredità, come far potea, quando la Legislazione garantiva ne' testamenti anche l'arbitrio indiscreto ed enorme de' Padri.

§. XVI. Ove all'opposto vi è la Legge, che stabilisce la maniera di rispettivamente disporre, non è permesso di abbandonar la Legge, e correre alla volontà de' disponenti. Ben a proposito avvertiva il *Giureconsulto Paolo* (2), che *jus publicum privatorum pactis mutari non potest*. Le Leggi della testamentificazione son dirette all'ordine pubblico, e alla conservazione del comodo, e della tranquillità delle famiglie. Non po-

(1) *L.* 120. *D. de Verb. Signific.*
(2) *L.* 38. *D. de Pactis*.

potendosi dubitare, che nelle Monarchie ben regolate la facoltà di far testamento sia una grazia, un favore del *Principe*, nelle mani di cui sono i diritti de' particolari. S' Egli dunque ha fra certi limiti circoscritta la grazia, niun può cotesti limiti trascendere, senza commettere un' attentato, senza impegnar la *Pubblica Autorità* all' emenda della commessa trasgressione. I limiti nel caso nostro sono le Leggi; la forza delle quali, e non altro può dar vigore alle ultime disposizioni. Son esse dunque da eseguirsi qualor si trovino uniformi alla Legge; e così circoscrisse la facoltà di testare il celebre *Bynkershoek* (1) rimontando alla origine di essa: *Lex igitur præscripsit succedendi formam, & quæ ejus potestas est, etiam testamenti factionem permisit, sed haud aliter quam lege quoque*. Si ripeta pertanto la nicessità di eseguire i testamenti dal *Diritto di Natura*, o dal *Giusgenti*: non intendo di entrare in quest' accademica controversia. Sempre sarà verissimo, che nella Società Civile niun può dipartirsi dall' osservanza di quelle Leggi, che sono state fatte per la interna sicurezza, e quiete de' Cittadini. Quindi se testamento s' incontri non uniforme alle Leggi medesime, lontano di doversi eseguire, dee anche detestarsi come biasimevole atto di un Cittadino cattivo.

§.XVII.

(1) *Bynkershoek Observ. Lib. II. cap. II.*

§. XVII. E' regola, confirmata da molti Rescritti di *Principi*, e Sentenze di Giureconsulti, che *adgnatione postumi præteriti rumpitur testamentum*. Nè io lessi mai limitazione alcuna, che formar potesse qualche legittima eccezione relativamente alla sossistenza dell' istituzion dell' erede (1). Chi può valer mai contro alla regola stessa? Chi eseguirebbe volontà così strana? Mi ricordo di un luogo del dottissimo *Donello* (2), che avvertì lo stesso prima di me: *Non potest, quod jus ruptum esse jubet, privata voluntate fieri, ut valeat*. Ecco dunque l'assurdo. Potea *D. Michele Martingano* pretendere, che non si rompesse quel testamento, ch' egli facea non menzionando il postumo? Potea volere, che sano e valido restasse il di lui testamento rotto già ed invalidato dalla nascita del Nipote? Follie. Piuttosto dovendosi tener per fermo, che ognuno nelle sue civiche operazioni intenda per tutto conformarsi alle Leggi; è da dirsi l'opposto, ch' egli avendo veduto rotto il testamento, siasi acchetato alla disposizion delle Leggi, ed abbia meglio voluto morir con quel testamento, che prima di lui avean formato le Leggi rispetto a' figli, e al nipote che sopraggiunse.

A II §. XVIII.

(1) *L. 1. 2. & 3. C. de Posthumis heredibus instituendis*.

(2) *Donellus ad L. Rupto. C. de Codicillis*.

§. XVIII. Che sì : tanto, e non altrament' egli volle. Imperciocchè se intenzion sua stata fosse di escludere dalla sua eredità ancora i figli, che sarebbero nati da *D. Salvatore*, li avrebbe nominatament' esclusi : poichè se gli era nota la efficacia della *Clausola Codicillare*, sapea, che non escludendoli, nè ammettendoli espressamente avrebbe fatto un testamento contrario alle Leggi. Ma tanto non pensò, nè provvide : e per quanto estesa e grande sia la efficacia della *Clausola Codicillare* mai non può, senza un massimo assurdo, supplire ciò che il testatore non volle; perchè non fu la sua volontà determinat' a volere dall' intelletto, e dalla riflessione. Prescindendo per poco da quel che ho dimostrato, e che non può niegarsi da chi ha buon senso, che non può valere la volontà del difunto, sebben sia stata espressa e dichiarata *prælucente intellectu*, quando è contraria alle Leggi : discorriamo sull' ipotesi che potesse valere; io dico, che non è affatto concorsa nel caso nostro ad escludere il Nipote, il quale in tempo della fazione del testamento non era nemmen ne' lontani sospetti del testatore. I *Legisti*, che s'impegnarono di dare alla *Clausola Codicillare* quella forza, che mai non fu data dalle Leggi, non potettero non limitare i loro favori al concorso della scienza; cioè sostennero, che allor vaglia la *Clausola Codicillare* in danno del postumo, quando il testatore lo abbia *prudens sciens* prete-

te-

terito. *Antonio Fabro* (1), a tale oggetto dava il ſeguente avvertimento: *Ut poſſis evincere, teſtatorem, qui Clauſulam Codicillarem adſcripſit, de omni caſu cogitaſſe, quo teſtamentum ruptum, aut irritum fieri poſſit, & conſequenter de illo, quo poſtumus naſceretur, naſcendoque rumperet, prius neceſſarium eſt, ut probes, teſtatorem eo tempore de poſtumis cogitaſſe.*

§. XIX. Quel che *Antonio Fabro* propoſe in linea di avvertimento con maggior diſtinzione fu inſegnato dal *Menochio*. Entrò Egli nelle vedute della naturale veriſimiglianza; e ſulle prime portò ſentimento, che debba la cagion della rottura del teſtamento per la preterizion del poſtumo diſtinguerſi dalle altre cagioni, dalle quali ne deriva lo ſteſſo effetto. Vi ſon di fatto cagioni, le quali veriſimilmente potettero eſſer preſenti al teſtatore in tempo della ſua ultima diſpoſizione; giacchè non contengono ripugnanz' alcuna colla ragion naturale. Ma non è veriſimile, che aveſſe penſato al poſtumo; e lo aveſſe volontariamente preterito, perchè ripugn' all' affetto paterno. E ſebben ſia generale il tenor della Clauſola Codicillare; non comprende però quelle coſe, che tanto di leggieri non poſſono eſſer in mente, e cader nell'animo del teſtatore. Così ci fa ſapere di aver con molta ſaviez-

(1) *Faber*

za pensato il *Cravetta* (1) seguendo l' autorità di *Bartolo*, e *Decio*, anzi, dico io, della retta ragione: imperciocchè non vi ha cosa più ragionevole, che le spressioni, per quanto sien generali, corrispondano alla capacità e condizione della persona, che contratta, o fa testamento: cosicchè la generale disposizione del testatore non comprende ciò ch' egli verisimilmente non dovette pensare. Da questo discorso, appoggiato alle regole del buon senso, ne deduce il *Menochio* la conseguenza, *Verum esse opinionem eorum, qui dixerunt, hanc Clausulam* Si non valebit, *non operari ut postumus ignoranter præteritus præsumatur gravatus restituere bona per fideicommissum scripto heredi* (2). Avea *Rolando* sostenuto il contrario, allegando molti Dottori in conferma della sua opinione. *Menochio* nondimeno ripiglia, *quamplures ex enunciatis ab ipso Rolando hoc non adfirmasse, sed alios contrarium scripsisse, alios diverso in casu loquutos esse, scilicet de postumo scienter præterito* (3).

§. XX. Incontrò la Clausola Codicillare anche la disapprovazione di *Giulio Claro* (4). Ma i di lui *Addenti*, per meglio far risplendere la ragionevolezza del di lui sentimento, e manifestare apertamente la

(1) *Cravetta Cons.* 221. *n.* 7.
(2) *Menoch. Cons.* 499. *n.* 13. & 14.
(3) *Idem ibid. n.* 13.
(4) *Clarus* §. *de Testam. Quæst.* 46.

la lor intima persuasione, notarono così: *Clausula Codicillaris, postumo ignoranter a testatore praeterito, nihil operatur*. Citano molti Dottori, che insegnarono lo stesso; e poi adducono quattro argomenti non dispreggevoli. I. Il testamento militare tra' grandi e varj suoi privilegj ha quello di contenere implicitamente la Clausola Codicillare: ma niente opera, e il testamento divien rotto, se sia stato *ignoranter* preterito il figlio (1): dunque molto meno è operativa nel testamento del pagano, che di tanti privilegj non è fornito. II. E' regola in legge; *legata non debentur a postumo ignoranter praeterito* (2). Come dunque può esser tenuto in forza della Clausola Codicillare restituire per *fideicommissum* la sua porzione; quando ognun sa che *legata & fideicommissa eodem jure censentur*? III. Tanto più, che se la Legge non permette, che l' obbligo de' legati i quali diminuiscono la quantità ereditaria, passi al postumo, a cui il testatore non pensò; non dee credersi permesso che rimanga spogliato della intera eredità in virtù di un prescritto fedecommesso. IV. Rompendos' il testamento per la nascita del postumo, si rompono ancora i Codicilli, che al medesimo testamento appartengono. Or la *Clausola Codicillare* convertendo in Codi-

cillo

(1) *L. 9. & 10. D. de testam. milit.*
(2) *L. 11. & penult. D. de Jure Codicillor.*

cillo il testamento, non vi ha ragione, onde non debba rompersi anch' essa.

§. XXI. Era di queste verità così ben persuaso il *Cardinal de Luca* (1), che asseverantemente scrisse: *Tunc Clausula Codicillaris prædictam operationem facit* (cioè la esclusione del postumo) *quando præteritio facta sit scienter, & animo prætereundi expresso, vel saltim subintellecto: secus autem ubi ignoranter, vel erronee; dum ignorantia & error in proposito æquiparantur, quoniam utroque casu eadem ratio deficientis voluntatis*. Tra' varj casi, ne'quali cessa la efficacia della *Clausola Codicillare* vi aggiunse *Giovanni Voet* (2) quello della preterizione del figlio *per ignorantiam testatoris*. Enunnunciò l'eruditissimo *Urlico Ubero* (3) le oppinioni de' Dottori favorevoli alla *Clausola Codicillare* in pregiudizio del postumo. Ma vinto poi assai meglio dal ragionato sentimento dell' animo suo, riportossi alla coscienza de' Forensi, e terminò il suo discorso colle seguenti rimarchevoli spressioni: *Hoc tamen ne Pragmatici quidem patiuntur, ut præteritio postumi per Clausulam Codicillarem sustineatur. Nec enim dubitandum videtur quin id voluntati testatoris repugnet, ut filius post testamentum factum natus, de quo patrem non cogitasse cre-*

---

(1) *De Luca de Testam. Disc.* 57. *n.* 3.

(2) *Voet. ad lib.* 29. *Tit.* 6. *Pandect. n.* 6.

(3) *Huber. Rubert. ad Justit. Tit. de Codicillis in fine.*

credibile est, *a successione praetexta Clausulae Codicillaris excludatur*. È vaglia il vero. Questa verità conosciuta da tanti Valentuomini non fu contrastata dal mio sincerissimo Contraddittore. Un lungo catalogo di Giureconsulti eruditi, e forensi egli scrisse nella sua Allegazione, e colla sua connatural' esattezza ne rapportò di ciascun le parole, per dimostrare, se non m'inganno, che la *Clausola Codicillare* abbia il valore di sostenere il testamento rotto per la preterizione del postumo *scienter* fatta dal testatore. Ma siccome non potea persuader chiunque, che *D. Michele Martingano* allorchè fece il testamento abbia pensato al nipote, e che non volendolo nominare, siasi servito della *Clausola Codicillare* ad oggetto di escluderlo dalla sua eredità; esercitò i rari talenti suoi in dimostrare, che dopo fatto il testamento, e veduto frequentemente in propria casa il Nipote, non riformò a beneficio del medesimo la disposizione, e volle morir con quella, in cui non l'avea neppur nominato. Le sue parole prevalsero nella G. C., tuttochè si riducessero a pure parole. Le mie ragioni furono disprezzate, perchè, a dir vero, soglion fare più impressione le voci degli uomini riputati, che i solidi argomenti delle oscure persone.

§. XXII. Son sicurissimo nondimeno, che la stessa sorte non avranno in S. C., dove *non est acceptio personarum*, e si pesano nella bilancia della giu-

giustizia non le parole, ma le verità, e le ragioni. Nel caso, in cui da' *Fratelli Martingano* si riduce la causa, vuolsi a buon conto, che servan di testamento esclusivo del postumo le presunzioni. Ma si vegga di qual peso sieno quelle, che dall'una, e dall'altra parte si propongono. La più forte, che a lor nome si porta avanti, è, che *D. Michele* vide nato il Nipote, lo trattò molto tempo, e non rivocò la disposizione, che aveva fatta. Di quì lontano di sorgere presunzione contraria al Nipote, ne deriva una favorevolissima. *Gaspare Antonio Tesauro* ragionando collo spirito delle leggi, e colla naturalezza delle umane intenzioni, fu di parere, che dal non essersi rivocato il testamento dee inferirsi, che il testatore abbia voluto morire *ab intestato*, acciocchè tutti potessero egualmente succedere: e ne addusse la ragione? *Nam sicut sumitur, quod quum non mutaverit testamentum, cum eo decedere voluerit; ita quoque testamento rupto filii nativitate sumitur alia, quod ab intestato voluit decedere, ut filii æqualiter succederent* (1). E per verità in questa sorta di dubbj ogni uom cordato inchinò a favor de' Nipoti, seguendo i lumi di *Papiniano* (2), il quale

(1) *Gaspar Anton. Thesaurus Quæst.* 7.

(2) *L. cum Avus. D. de Cornelii, ac demonstrat.* confermata con elogio da *Giustiniano* nella *L. cum cunctissimi C. de fideicommissis*.

le trovando di aver l' Avo usato silenzio circa i Nipoti, argomentò, che non abbia inteso di escluderli, ma di ammetterli alla sua eredità in mancanza del padre; e ciò *conjectura pietatis.* Senza che, sapea *D. Michele Martingano* che il suo testamento eras' invalidato, e rotto dopo la nascita del Nipote: e come Cittadino stimò uniformarsi alla disposizion delle Leggi, le quali morendo egli senza testamento, o con un testamento invalido ripartivano egualmente la eredità tra' figli, e il Nipote. A questa idea volle certamente determinarsi *D. Michele*; poichè vedendo i figli accaniti contro a *D. Salvatore*, e in conseguenza contro a' figli di costui, ed avidamente intesi ad occupar soli la eredità, stimò esser prudenza non irritarli facendo un nuovo testamento, amareggiando gli ultimi momenti di sua vita, e lasciar piuttosto operar le Leggi dopo la sua morte.

§. XXIII. Da taluni fatti non rilevati nella G. C. si deduce con sicurezza, non essere stata volontà di *D. Michele* di non riformare il testamento, ma effetto d' insuperabile niceffità. Egli, come ho accennato nella *Storia della Causa*, ne' principj della primavera del 1791. fu sorpreso da malattia apoplettica, la quale, (mi servo delle spressioni del dotto, ed ingenuo Professor di medicina *D. Domenico Cotugno*) *oltre di avergli tolta la facoltà di ben intendere, e di parlare, gli avea altresì levato moto e senso di uno intero lato del*

del corpo. Avanzato qual' era in età non potè mai da questo infelice stato interamente rinvenire, che anzi ne' seguenti mesi ebbe delle repliche, le quali verso la fine di quell' anno lo fecero privo di vita (1). In queste infelicissime circostanze di salute nè Egli potea pensare a riforma di testamento, nè i figli che lo attorniavano in tutte le ore del giorno glielo avrebbero permesso; molto meno quando pervenuta al padre inaspettatamente la notizia della pericolosa infermità di *D. Salvatore in Conca*, si avvidero, ch' essendogli riuscita sensibilissima e dolorosa a segno, che gli cagionò altro più fiero colpo di apoplessia, sospettarono che potea essere in esso lui estinto lo sdegno, che nel 1783. lo avea indotto ad istituirlo nella sola legittima. Vedendolo perciò situato nel letto, non lasciarono diligenza, onde non farli giungere la notizia della morte di *D. Salvatore* avvenuta pochi giorni dopo, e tenevanlo speranzato, che in breve lo avrebbe veduto di ritorno perfettamente ristabilito.

§. XXIV. Potea il Vecchio avvedersine dalle vesti di lutto, di cui si era coperta la Vedova di *D. Salvatore*, e il Ragazzo *D. Giuseppe Maria*. Ma veggasi fin dove giunse la versuzia de' figli. Incaricarono al Confessore, che non gli parlasse di *D. Salvatore*, o sopratutto, che si guardasse di manifestargli la morte del medesimo, per non

(1) *Fol.* 89.

non rattriftarlo (1). Comandarono alla Vedova ftessa, che quando faliva a vifitarlo, lafciaffe gli abiti di lutto, e fi prefentaffe a lui fenza fcorruccio. Lo fteffo faceano col Ragazzo, come afficura l'anzidetto Confeffore, i Conjugi *D. Vincenzo Funari*, e *D. Antonia Adamo*, e la Signora *D. Terefa Ferraro* moglie del Signor *Giudice Bafile* (2). Così riufcì loro di farlo morire fenza aver faputa la morte del figlio, e fenza avergli lafciata occafione, e tempo di riformare a pro del Nipote il teftamento. Or qual giuftizia, qual'equità permette, che il dolo, l'inganno, la frode, la furberia giovi al fuo biafimevole Autore? Si fcufano effi nondimeno con una feconda prefunzione affai più debole della prima. Prefentarono un *Giornale*, dove fpinfero il Padre a fcrivere con affettata efaggerazione tutt'i diffapori, che avea ricevuti dalla condotta del figlio; e con quefta infame Scrittura vollero far credere al Mondo, che non effi, ma il rifentimento abbiano dall'animo del Padre medefimo alienato il figlio fuddetto: in qual rifentimento effendo continuato a vivere affai tempo dopo aver fatto il teftamento, di propofito non l'abbia riformato pria di morire. Ma l'epoca del *Giornale* diftrugge interamente la prefunzione. Si vede fcritto quando an-

(1) *Fol.* 85.
(2) *Fol.* 86. & 88.

ancora non era nato il figlio a *D. Salvatore*: quindi non può supporsi, che sia stato scritto con disegno di giustificare la sua avversione anche contro al Nipote. Dopo la nascita di costui si risvegliò nel Vecchio quel naturale pendìo, che porta ognuno a godere di veder se medesimo riprodotto ne' Nipoti. Lo trattò, l'amò, lo volle ogni giorno vedere, l'accarezzò fra le sue braccia; dimostrazioni tutte di affetto, dalle quali sarebbesi astenuto, se per un impulso irragionato di sdegno male inteso avesse odiato l' innocente Nipote. Perchè dunque non riformò a prò di costui il testamento? O perchè, già credendolo invalido, volle morire *ab intestato*: o perchè non potette riformarlo per gli maneggi insidiosi de' figli, o per la insormontabile impotenza cagionatagli dalla lunga, e mortale malattia apoplettica.

§. XXV. E' tutto soverchio quanto ho detto finora. La *Clausola Codicillare* non si può, senz'assurdo, trarre a guarire i difetti intrinseci del testamento. S'è difettosa la volontà del testatore, manca il testamento nella sostanza, e per supplirla vi bisogna una volontà regolata, e più uniforme alle Leggi. Perciò, a creder mio, l'*Imperator Alessandro* dichiarò, che non solamente i Codicilli non bastano a far sossistere il testamento rotto *agnatione postumi*, ma che i Codicilli stessi crollano insieme col testamento. *Rupto quidem agnatione postumi testamento, Codicillos*

los quoque ad testamentum pertinentes non valere, in dubium non venit (1). Varie son le ragioni di questa Legge: una, perchè la stessa volontà avendo dettato il testamento e il Codicillo, s'è difettosa nel primo, tal'è parimenti nel secondo: l'altra, perchè la Clausola Codicillare, a sentimento de' suoi parteggiani, si risolve a un Codicillo dipendente dal testamento. Rifletteano uniformemente gli *Annotatori* a *Giulio Claro*, allo stesso modo: *Clausula Codicillaris, quæ testamentum convertit in Codicillos, ut rumpatur necesse est. Siquidem paria sunt Codicillos simpliciter facere, & Clausulam Codicillarem apponere* (2). La terza, perchè volendo scompagnare dal testamento il Codicillo, questo non può da se solo rettificare la istituzione; poichè col Codicillo non può darsi, nè togliersi la eredità. La quarta, perchè riportando la cosa alla controversia presente, la Clausola Codicillare non può produrre obbligazion di fedecommesso, non leggendosi ordinato nel testamento. *Scevola*, che non dette alla *Clausola Codicillare* la efficacia di sostenere il testamento fatto *minus legitime, minusve perite*, accordò, che possa in virtù della medesima domandarsi il fedecommesso ordinato dal

---

(1) *L. 1. C. de Codicillis*.

(2) *Addentes ad Jul. Clar.* §. *Testamentum. Quæst.* 46.

dal testatore (1): ma laddove niun fedecommesso trovasi disposto, è una impertinenza il volerlo trovare virtualmente compreso in seno della Clausola Codicillare. Ascoltisi come ciò abbia prima di me avvertito il *Consigliere Odierna* (2). *Frustra quæstio proponitur, an per Clausulam Codicillarem posthumus præteritus dicatur gravatus scripto heredi hereditatem restituere; quia id, quod ab initio verbis dispositionis comprehensum non fuit, non potest ex post facto in dispositionem venire, nisi nova fiat dispositio*. La quinta in somma, perchè a tal modo il testatore morrebbesi parte testato, parte intestato: *testato* essendovi gli eredi testamentarj scritti nel testamento: *intestato*, ricevendo il postumo la eredità *ministerio Judicis* per restituirla agli eredi scritti. Ma questo includerebbe un ammasso di sconvenevolezze legali: reggerebbe il testamento rotto *adgnatione postumi*: si darebbe e toglierebbe nel tempo stesso la eredità *ex Codicillo*; e si fingerebbe un fedecommesso, che il testatore non sognò di ordinare.

§. XXVI. Quind' i più cordati Dottori appena convennero di darsi alla *Clausola Codicillare* il solo valore di supplire qualch' estrinseco difetto del testamento. *Dionigi Gotofredo* ammise gli effetti della *Clausola* stessa, e soggiunse: *Quæ*

(1) *L.* 88. §. 17. *D. de Legat.* 2.
(2) *Hodierna Disceptat. Forens. cap.* 7. *n.* 15.

Quæ omnia vera censenda sunt modo deficiat ille actus tantum in sollemnitate, at non in substantia (1). E perchè? perchè la sostanza dipende dalla mente del testatore: quando la mente contro alle Leggi si esprime, il testatore si ha per demente; *& demens testamenti factionem non habet* (2). E molto ben converrebbe questa imputazione a *D. Michele Martingano*. Imperciocchè non può essere, che fuor di se stesso uno, il qual non sente le voci della Natura, da cui siamo spinti ad amare il bene e la felicità di coloro, che da noi discendono, la preterizione de' quali si ebbe dal *Card. de Luca* per forte argomento di demenza (3). Di fatti non per altro le Leggi accordarono a' figli la querela d' *inofficioso* contro al testamento paterno, nel quale si è lasciato meno della legittima. Il perchè *Antonio Fabro*, uno de' più impegnati sostenitori della *Clausola Codicillare* fu costretto dall' additata naturale considerazione a confessare, *Dici non potest ea Clausula adjecta ad esclusionem legitimorum heredum* (4). In conseguenza di qual sensata confessione, seguendo il sentimento di *Decio* (5), e di altri rinnomati Dottori, scrisse, esser

(1) *Gothofred. ad L. 8. C. de Codicillis n. 7.*
(2) *Idem loc. cit. in fine.*
(3) *Card. de Luca de Testament. Disc. 40. n. 20.*
(4) *Faber Cod. Tit. de Codicillis Defin. 1.*
(5) *Decius Cons. 205. in fin.*

effer cofa rifaputiffima , *Tritum eft* , *Claufulam Codicillarem* , *licet fuppleat defectum follemnitatum* , *numquam tamen fupplere defectum voluntatis* (1) .

§. XXVII. Quefte non fono dottrine aftratte, cadute dalla penna de' fuccennati due dottiffimi Giureconfulti per vaghezza di fingolarizzarfi nella oppinione. Lo fteffo io trovo di effers' introdotto come affioma nel noftro Foro. Il *Reg. Capecelatro* ce lo diffe in quefti termini : *Claufula Codicillaris non poteft teftamentum validare*, *nec poterit heres fcriptus hereditatem per fideicommiffum* ; *quum Claufula prædicta nihil operetur*, *filio præterito* : *fed tantum in eo cafu*, *quando ratione follemnitatis teftamentum effet imperfectum* (2). Sappiamo di aver *Carlo d'Aleffio* andato cercando il nodo nel giunco per cenfurare nelle fue *Offervazioni* le oppinioni di quel verfatiffimo Scrittore. Ma relativamente alla trafcritta, minutamente efaminò le circoftanze, nelle quali può la Claufola Codicillare falvare il teftamento dal vizio della preterizione. In quanto poi a quella del poftumo, non potette accomodarfi alle diftinzioni fatte ad altri Dottori, avendole riputate fofiftiche, e rigorofe : *cum vero teftamentum* (fon fue parole) *eft nullum rationem prætéritionis poftumi ignoranter præteriti*, *tunc nullo modo*

(1) *Faber loc. cit. Defin.* 2.
(2) *Capyciuslatro Confult.* 86. *n.* 22.

do debetur, virtute Clausulæ Codicillaris, hereditas jure obliquo instituto; rejectis rigidis illis distinctionibus de Clausula Codicillari concepta per verba præsentis vel futuri temporis, quod testator supervixerit, vel non, quod sit institutus extraneus vel alter filius: nam semper erit nullum, nec aliquid jure obliquo debetur; quia hæc non habet privilegium in ordine ad voluntatem, sed tantum quoad sollemnitatem, ratione cujus corruit testamentum (1). Fin da' tempi di *Baldo* era questa la comune oppinione de' Dottori, com' egli stesso ce ne assicura (2). Nè fu diversa quella di coloro, che fiorirono dopo di lui, per quant' osservò il diligentissimo *Tiraquello* (3); per cui se ne fecero il *Fachinèo* (4) e il *Peregrino* (5) acerrimi difensori. Tanto che il *Consiglier Altimari* meglio spiegando il sentimento di *Rovito* circa la validità del famoso testamento della *Marchesa* di *Carpinone*, che gli Avvocati avean sostenuto per virtù della Clausola Codicillare, scrisse: *Valet, nisi testamentum sit imperfectum ratione voluntatis; quia*

(1) *Carol. de Alexio Observat. ad dict. Consult. n.* 13.

(2) *Baldus Cons.* 386. *lib.* 1., & *Cons.* 431. *lib.* 3.

(3) *Tiraquellus in L. Si unquam vers. donationem largitus, n.* 273.

(4) *Fachinæus Controvers. Jur. lib.* 4. *cap.* 11.

(5) *Peregrin. de fideicom. art.* 36. *n.* 58.

quià tunc non sustinetur, *neque favore piæ causæ* (1).

§. XXVIII. Gli accennati *Dottori* così non ragionarono a caso: Ebbero essi ragionevol fondamento nella natura ed origine della stessa *Clausola Codicillare*. Ella altro non è, che una cautela del testatore, il quale potendo dubitare o giustamente temere, che nel suo testamento vi sieno tali nullità, che no 'l facessero valere come testamento, dichiara esser sua intenzione, che valga come un Codicillo. Sta ciò chiarament'espresso da *Ulpiano*, manifestando quel che le Leggi in questa materia permisero a' testatori: *Sæpissime rescriptum & constitutum est*, *eum qui facere testamentum opinatus est*, *nec voluit quasi Codicillos id valere*, *videri nec Codicillos fecisse*. *Ideoque quod in illo testamento scriptum est*, *dicat in Codicillis poterit valere*, *tamen non debetur*. Si stabilì dunque in buon senso, non già, che il testatore potesse validamente trascurare a suo talento le formalità ricercate dalle leggi nel testamento; ma ch' essendo in sua libertà di fare un testamento, o un codicillo, possa ad un atto, che non varrà come testamento, dar la validità di un codicillo, osservandone strettamente la forma. Provvenne questa indulgenza dalla massima difficoltà, in cui si era di osservare le imbarazzanti formalità del testamento, le quali per

(1) *Altimar. ad Decis.* 95. *Roviti n.* 13.

per lo più non dipendéano dall' accortezza, e prevvidenza del testatore. Erasi allora nella necessità di fare il testamento coll' assistenza, e direzione di un Giureconsulto. Ma dachè da *Costantino*, e *Giustiniano* si abolì la nauseosa scrupolosità delle formole, e si approvò la semplicissima maniera, che alla formazion de' testamenti dettero gl' Imperatori *Teodosio*, e *Valente* (1), sembra, che inutil sia la cautela della *Clausola Codicillare*; perchè fermamente determinata la forma de' testamenti, questa non osservandosi, non può il testamento valer come Codicillo, quando la forma non osservata no 'l permette che valga come testamento.

§. XXIX. Ad ogni modo la oppinione, che universalmente ricevuta fra gl' Interpetri e Comentatori, ha fatta cessare la ragion della legge, ha finora portato, che la *Clausola Codicillare* supplisce alla mancanza della solennità, e riduce il testamento in codicillo. Ma niuno ebbe il coraggio di affirmare, che similmente supplisca alla sostanza del testamento, cioè alla volontà; la quale non essendovi, o travandosi difettosa ed illegale, non vi è testamento, nè codicillo. Molti vi furono, i quali ammisero la virtù di cotesta *Clausola* a sanare il vizio nascente dalla preterizion del postumo. Vollero nondimeno, sic-

(1) *L. Hac Consultissima C. de testamentis*.

ſiccome ho teſtè dimoſtrato, che *ſcienter, & animo deliberato praetereundi* ſia ſtata dal diſponente adoperata, acciocchè non ſi offenda la regola del niceſſario ed indiſpenſabile concorſo della volontà; la quale in ſiffatto caſo non ſarebbe in oppoſizion colla legge; imperciocchè reſta colla legge medeſima conciliata dal valor della *Clauſola Codicillare*, in vigor di cui ſi finge, che il teſtatore non abbia preterito il poſtumo, ma che lo abbia iſtituito col peſo di reſtituire la ſua porzione al nominato nel teſtamento. Qual violenza vi ſi richiegga per ammettere una così ſtraniſſima finzione, il dica chi ha ſenno, imparzialità, umanità, e cognizione del cuore umano. Può mai queſto acquetarſi alle preſunzioni, qualor le trovi ripugnanti alle naturali evidenze? Mai no. E' queſto il quarto aſſurdo da me notato, e che ſorgerebbe dalla capricciosa giurisprudenza della *Clauſola Codicillare*; ed uopo è di propoſito combatterlo, perchè reſtino diradate tutte le nuvole, che ad arte ſi ſparſero nella cauſa preſente.

§. XXX. Ognun ſa, che la preſunzione ſia un' ombra, la quale ſpariſce allo ſplendor della verità (1). I *Leggiſti*, come abbiam veduto, lavoravano ſopra nude, ſemplici, e immaginarie preſunzioni per dar forza alla *Clauſola Codicillare*.

I Ma-

(1) *L. Quum de indebit. D. de Probationis*.

(XLI)

I Magiſtrati non però vogliono certezza, aperte diſpoſizioni di legge, fatti permanenti per appoggiar le loro deciſioni. Or io queſti preſento al coſpetto loro per determinarli a favore del poſtumo, che debolmente difendo. Il *Reg. de Roſa*, dopo aver rapportate le oppinioni favorevoli e contrarie alla ſmiſurata efficacia, che vuol darſi alla *Clauſola* menzionata, reſtrinſe la ſomma delle ſue rifleſſioni in favor dell' efficacia ſteſſa un ſerio, ed importante oggetto del prudente arbitrio del Giudice. Sentiamolo: *Antonius Theſaurus determinationem arbitrio prudentiſſimi Judicis relinquit. Cui ſententiæ adhæreo, nimirum, ut prudens Judex hac in re ex conjecturis judicare valeat: conjecturando ſi poſtumus ſit maſculus vel femina; ſi plures nati ſint poſtumi, ſi ex eodem vel alio matrimonio, ſi patrimonium teſtatoris ſit tenue vel magnum, ſi nobilis aut ignobilis, cujus naturæ vel genii ipſe fuerit, tempus mutandi, ſi fuerit impeditus, vel non, atque aliæ multæ eſſe poſſunt ſecundum emergentes caſus.* (1). Riandandoſi una per una le addotte circoſtanze, ſi troveranno col favor della ragione propizie al poſtumo, che difendo. Egli è maſchio; e come tale dee riputarſi oggetto di uno intenſo amore dell' Avo. Nato da un matrimonio dall' Avo ſteſſo non ripruovato; tanto che accolſe ſempre carezzevolmente così la madre, che lui. Il patri-

(1) *De Roſa Civ. Decr. Prax. cap.* 4. *n.* 178.

trimonio è ricchissimo, sormontando al valore di più di cento mila ducati: in maniera che non può supporsi, che abbia inteso di escludere il Nipote postumo per provvedere alla straricca situazione de' figli. Non era nobile, ma un negoziante non troppo impegnato a far che i figli proseguissero con ricco fondo il negozio; poichè li obbligò soltanto a separar ducati diecimila dal suo patrimonio, e con questi tirare avanti il traffico, ch' Egli avea fatto. Era idiota; e quindi non inteso del valor delle formole, e clausole testamentarie. In rapporto alla Codicillare, sebbene *Gaspare Antonio Tesauro* abbia avuto per indifferente, se il testatore ne sia, o no stato istruito; pure il *Reg. Cacace* con validissime ragioni sostenne, che apposta nel testamento di un uomo ignorante, *nihil operatur, nisi vulgari elogio de ipsius vi fuerit informatus, & de certi oratione & explicatione heres probaverit. Nam ubi ignorantia adest, voluntas abest* (1). Avrebbe avuto il tempo dopo la nascita del postumo, ma fu impedito parte dall' astuzia e dolo de' figli, parte dalla cronica malattia, che gli sopraggiunse. Queste non sono presuntive circostanze, ma verità sode e inalterabili; dimodochè bisogna non aver senno, o averlo corrotto dalla inumanità e prevenzione, per voler crede-

(1) *Apud de Marinis Allegat.* 81. *n.* 8., 9. & 10.

dere, che *D. Michele Martingano* abbia inteso di allontanare il Nipote dalla sua eredità.

§. XXXI. Ma si ricorre da' *Fratelli Martingano* alla circostanza di avere il padre istituito *D. Salvatore* nella sola legittima disgustato e amareggiato dalla sua poco lodevole condotta: e da quì pretendono inferirne, che riguardando la immagine del padre nel figlio, lo abbia volontariamente preterito. Si è veduto più avanti, che dopo aver *D. Salvatore* contratto il matrimonio con *D. Antonia di Gennaro* depose quell'avversione, che avea contratta col medesimo. Si è veduto, che non odiò il figlio, perchè cottidianamente il trattò con amore in casa propria. Si è veduto, che la sola notizia della pericolosa infermità di *D. Salvatore* in *Conca* lo addolorò talmente, che gli si rinnovò con mortale insulto l'apoplessia. Dunque se avea cessato di odiare il padre, non potea conservare alcun rancore col figlio, da cui non avea ricevuta menoma occasion di disgusto. Senza che, se valesse la posizion de' *Fratelli*, meglio resterebbe assodata la ragione del postumo. Imperciocchè potrebbe conchiudersi, che abbia lasciato correre il testamento non per sua libera volontà, ma per un sentimento riprovabile violentato dal calore della iracondia, il qual testamento verrebbe invalidato da una tal momentosa circostanza; non avendo mai i *Dottori* creduta eseguibile una disposizione dettata dallo sdegno, e da un animo agi-

tato

tato dall'odio, come dopo tanti altri osservò il *Cardinale de Luca* (1).

§.XXXII. L'esposte circostanze non mossero la G.C. nemmeno a compassione del postumo infelice: anzi usando con lui il massimo rigore in obbligarlo a restituire la sua porzione agli Zii; appena lasciogli la facoltà di ritener la legittima: *Teneatur restituere, retenta tamen legitima*. Ma que' savissimi Giudici molto ben sapeano, che nel caso della restituzione *jure fideicommissi* non la sola legittima può ritenere il gravato, ma eziandio ha diritto di detrarre la Trebellianica. *Cujacio*, e *Vinnio* dissero, che questa doppia detrazione sia ignota nel *Diritto Romano*; ma che in forza dell'uso siasi ricevuta nel Foro per tutto il Mondo, e ci assicurano *Baldo*, *Giasone*, *Paolo de Castro*, e *Cristinèo*, *tanquam Evangelium practicari* (2). Tanto vero, che il cordatissimo *Urlico Ubero* (3) dopo aver molto ondeggiato fra la negativa e l' affirmativa oppinione, finalmente convinto scrisse così: *Constat interim, Praxin hac parte Jus Romanum subegisse, adeo ut ne Parentes quidem, legitima liberis relicta, trebellianicæ detractionem prohibere possint*. Derivò cotesta

(1) *De Luca de testament. Disc.* 60

(2) *Apud Vinnium Instit. de fideicommissar. hereditatib. Comment. n.* 3. *qui incipit vel quartam.*

(3) *Huberus Prelect. in Instit. Tit. de fideicommiss. heredit. n.* 8. *in fine.*

testa pratica dal *Diritto Canonico*. Nelle *Decretali* evvi un rescritto d'*Innocenzo III.*, il quale dichiarò giusto un Decreto, con cui all'erede gravato di restituire la sua porzione *jure fideicommissi* era stato permesso di ritener la legittima, e di detrarre la quarta Trebellianica (1). Avvertisce *Giovanni Eineccio* (2) che il *Pontefice* in tal rescritto non fece una nuova legge, ma interpetrò quella, che già vi era nel *Diritto Romano*; di maniera che non sia vero assolutamente, come dissero *Cujacio*, e *Vinnio*, esser cosa incognita nella Giureprudenza Giustinianea la doppia detrazione. E' notissimo, che nella stessa Giureprudenza è determinato, doversi prima del computo della trebellianica dedurre i debiti ereditarj, tra' quali niuno finora ha saputo negare, che sia compresa la legittima (3). E non è del pari ignoto, che per legge dell'*Imperator Zenone* (4), sia permesso a' figli, *fideicommisso obstrictis* detrarre la trebellianica, senza dovere in essa imputar i frutti percepiti de' beni ereditarj, nè la falcidia, che indubitatamente è la legittima, secondo che spesso leggesi chiamata

(1) *Cap. Raynuntius* 16. *de testamentis*.
(2) *Heineccius Nat. ad Vinn. Institut. loc. cit.*
(3) *L.* 8. §. 8. *D. de inoffic. testam. L.* 67. §. 1. *D. de legat.* 2.
(4) *L. 6. C. ad Senatusc. Trebellian.*

mata nel Digesto (1), e nel Codice (2), per la ragione, che la legittima fu introdotta o colla legge *Falcidia*, o colle ragionevoli conseguenze della legge medesima (3). E dico *ragionevoli*; poichè la legittima ha fondamento nella ragione, cioè nel *Diritto della Natura*: cosicchè derivando la trebellianica d'altro fonte, cioè dal *Senatusconsulto Trebelliano*, non si oppone alla legittima, nè porge mottivo di proibirsi al figlio l'esercizio di due diversi, e tra lor discrepanti diritti.

§.XXXIII. Guardisi pertanto da qualunque aspetto si voglia il Decreto della G. C., si troverà sempre meritevole di emenda in favor del postumo. Incontra ostacolo dal canto delle Leggi, che mai non garantirono le finzioni opposte alla naturalezza delle cose. Non è sostenuto dalla volontà nè espressa, nè presunta del testatore; il quale per le circostanze, che vi concorrono copulativamente, non intese di escludere il Nipote dalla sua eredità. Non è finalmente spalleggiata dalla vera e legal' efficacia della *Clausola Codicillare*; poichè questa restringesi a sanare gli estrinseci, non gl' intrinseci difetti del testamento. Ma qualora l' infortunio del postumo

(1) *L.* 8. §. 9. & 14. *D. de inoffic. testam.*
(2) *L.* 31. *C. eod.*
(3) *Schulting. Jurispr. Antejustinian. pag.* 381.